

University of Groningen

Codificatie in Constantinopel?

Lokin, J.H.A.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
1995

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Lokin, J. H. A. (1995). Codificatie in Constantinopel? Enige opmerkingen over de wetgevingstechniek van Theodosius II en Justinianus I. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XII, 38-53.
<http://rjh.ub.rug.nl/grom>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

CODIFICATIE IN CONSTANTINOPEL?

Enige opmerkingen over de wetgevingstechniek van Theodosius II en Justinianus I¹

1 Inleiding

De titel boven dit opstel is terecht van een vraagteken voorzien. Men weet namelijk zeker dat de Romeinen zelf zich de in de titel geformuleerde vraag nooit hebben gesteld. Codificatie is een betrekkelijk recent woord² en het begrip dat daarmee verbonden is, is al van even recente datum. Het is dus een modern begrip dat wordt onderzocht in een tijd waarin het niet voorkwam of althans niet was omlijnd. De vraag bevat dan een anachronisme, evenals bijvoorbeeld de vraag: Waren de goden kosmonauten, of de in bepaalde kringen twintig jaar geleden zwaar bediscussieerde vraag: Was Jezus marxist? Nu is er wat mij betreft niets op tegen een dergelijke vraag te stellen.³ In het antwoord daarop poogt men dan eerst de kenmerken van het marxisme boven water te halen en vervolgens te onderzoeken of deze in de uitspraken of in het gedrag van Jezus zijn terug te vinden. Zo zou men dat ook kunnen doen bij de vraag boven dit opstel. Men zou dan de kenmerken van een codificatie moeten opsporen en daar begint al dadelijk de discussie. Want de kenmerken die Bentham aan een codificatie stelde en die in de Verlichting opgeld deden, zijn niet die van de huidige tijd, zodat het antwoord op de vraag afhangt van de maatstaf die men zichzelf heeft gesteld. Zo heeft J.A. Ankum enige tijd geleden een artikel geschreven onder de veelzeggende titel: *La 'codification' de Justinien, était-elle une véritable codification?*⁴ Het veelzeggende is natuurlijk gelegen in het woordje *véritable*. Over de vraag namelijk wat een *ware* codificatie is, kan men *in abstracto* naar hartelust discussiëren en meestal blijft het antwoord in die discussie steken. De kenmerken bijvoorbeeld die Ankum stelt aan een *véritable codification* zijn van die aard dat het

1. In verkorte vorm is veel van de inhoud van het betoogde ook te vinden in J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, 4e druk Groningen 1995, p. 4-15. In alle handboeken over Romeins recht komt de wetgeving van de twee keizers wel aan de orde. Degenen die zich het meest uitvoerig met deze materie hebben beziggehouden zijn G.L. Falchi, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Roma 1989 en G.G. Archi, *Studi sulle fonte del diritto nel tardo impero: Teodosio II e Giustiniano*, 2e druk Cagliari 1990, alwaar men meer literatuur kan vinden.

2. Het zou het eerst zijn gebezigd door Jeremy Bentham (1748-1832).

3. Bespiegelingen over dit soort vragen vindt men in T.J. Veen, *Met dank aan Du Perron. Over terminologie, begripsvorming en het vermijden van anachronistische redeneringen in het rechtshistorisch bedrijf*, Zwolle 1996.

4. J.A. Ankum, "La 'codification' de Justinien, était-elle une véritable codification?", in: *Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen 1983, p. 1-17.

antwoord op de door hem gestelde vraag wel ontkennend moet luiden.⁵ Volgens Ankums eisen echter zouden ook de moderne wetgevingen niet de benaming codificatie verdienen en daarmee komt zijn vraag in de lucht te hangen. Ik wil echter dit opstel niet beginnen met een abstracte polemiek over de kenmerken van een codificatie, maar iets zeggen over de wetgevingstechniek van de twee Romeinse keizers die zich met omvangrijke wetgevingsprojecten hebben beziggehouden. In de conclusie dringt zich de boven dit opstel gestelde vraag als vanzelf naar voren. Zij kan dan ook beter aan het einde worden besproken.

2 *De wetgevende werkzaamheid van keizer Theodosius II (401-450)*⁶

In de tijd van Theodosius II was Rome meer dan duizend jaar oud en in die lange periode had zich een onafzienbare hoeveelheid van wettelijke maatregelen opgehoopt. Zij vormde een labyrint waarin de advocaat slechts met moeite zijn weg kon vinden. Toch waren in 400 na Chr. niet meer dan twee bronnen van geldend recht overgebleven, waarvan er slechts één nieuw, levend recht voortbracht. Die levende ader was de keizerlijke constitutie, die bijvoorbeeld kon bestaan in een aan alle inwoners gerichte wet, *edictum*, of in een aan één persoon gerichte beschikking, *rescriptum*. Eén constitutie kon verschillende onderwerpen aansnijden, zodat een advocaat die het nieuwste recht wilde weten over bijvoorbeeld schenkingen, eigenlijk alle constituties moest napluizen, omdat iedere constitutie in theorie iets over schenkingen kon bevatten. Het nieuwste recht vond hij natuurlijk in de meest recente constitutie die over het onderwerp ging. De jongere constitutie ging immers voor de oudere krachtens de regel *lex posterior derogat legi priori*. Nu zette op grond van deze regel het laatst bepaalde weliswaar het eerdere opzij, maar de advocaat moest steeds nauwkeurig nagaan of beide bepalingen over precies hetzelfde gingen. Meestal gaf de keizer een beslissing in een speciaal geval; hij deed dan geen algemene uitspraak, maar loste een concreet probleem op door één specifieke rechtsvraag te beantwoorden. De advocaat die zijn cliënt wilde adviseren, moest dan ook dikwijls naar analogie redeneren en de hem voorgelegde *casus* vergelijken met soortgelijke in één der constituties. Het zal niet verwonderen dat om het zoekwerk te vergemakke-

5. Zo was bijvoorbeeld het feit dat de codificatie van Justinianus grotendeels in het Latijn is geschreven, terwijl men in het Oostromeinse rijk Grieks sprak, voor hem al een voldoende argument om de vraag ontkennend te beantwoorden. Ook acht hij het van beslissende betekenis dat de rechtsregels in een codificatie zijn geformuleerd door degene die haar uitvaardigt. Voorts mag een codificatie geen tegenstrijdigheid of casuïstiek bevatten en moet zij doortrokken zijn van één systematiek.

6. Hierover G.G. Archi, *Theodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976 en dezelfde: "Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana", in: *Atti Acc. Lincei* 1992, p. 89 e.v., ook in *Scritti di diritto romano* 4, 1995, p. 3 e.v.; G.L. Falchi, "La tradizione giustiniana del materiale teodosiano" (C.Th. XVI) in: *Studia et Documenta historiae et iuris* 57, Rome 1991, p. 1-123.

lijken de rechtspraktijk grote behoefte had aan constitutieverzamelingen waarin de keizerlijke bepalingen naar onderwerp en naar tijdsvolgorde waren gerangschikt. Inderdaad zijn er enkele verzamelingen door particulieren aangelegd. Twee ervan kennen wij nog bij naam. Het zijn de Codex Gregorianus en de Codex Hermogenianus. Theodosius was de eerste keizer die zich aan zo'n verzameling waagde. En daarmee was de kous nog maar half af. Want het zal dikwijls voorgekomen zijn, dat de advocaat in de keizerlijke constituties niets van zijn gading kon vinden. Wat dan? Dan moest hij zijn toevlucht nemen tot de tweede bron van geldend Romeins recht, de geschriften van de particuliere rechtsgeleerden, in het Latijn de *jurisprudentia veterum* ofwel kortweg het *ius* genoemd. Hoewel deze mijn was uitgeput - na de werken van Modestinus (\pm 250 na Chr.) waren er nauwelijks nieuwe geschriften meer bijgekomen - was de speurtocht naar de toepasselijke rechtsregel in de doolhof van het *ius* nog veel lastiger dan die in het labyrint van de constituties. Want daar tuimelden de opinies van de verschillende schrijvers over elkaar heen en bestreden elkaar nu eens, vormden dan weer bondgenootschappen. Als in een echt doolhof doken op onverwachte plaatsen oude twistvragen op, liep de behandeling van een kwestie op een doodlopende passage uit en kwam men éézelfde rechtsvraag in zeer verschillende omgevingen tegen. De grootste moeilijkheid was wel dat een hiërarchie in deze wirwar ontbrak. Hadden de constituties de *lex posterior*-regel nog als richtsnoer, bij de *jurisprudentia* ontbrak ook deze. De mening van een oudere jurist werd niet krachteloos gemaakt door een tegengestelde opinie van een jongere. Eerder was het omgekeerde het geval en werd een mening van een oude gezaghebbende jurist met veel eerbied omgeven. Maar in beginsel stonden de opinies op gelijke hoogte en hadden zij gelijke rechtskracht. De gelding van een opinie werd bepaald door de overtuigingskracht van de gebezigde argumenten en daarom vindt men ontelbare malen zinnetjes als: 'en daarom meen ik dat *juister* is'⁷ of 'deze mening is redelijk'⁸ of 'zeer terecht wordt beweerd dat'.⁹

Het was voor een advocaat welhaast onmogelijk zijn weg te vinden en daarom poogde keizer Theodosius dan ook orde in de chaos te scheppen. Daartoe ontwierp hij een ambitieus plan, dat echter maar voor een klein gedeelte is geslaagd. De eerste aanzet werd gegeven door de beroemde constitutie van 7 november 426, die ons slechts in brokstukken is overgeleverd¹⁰ en waarvan de helft bekend staat onder de naam *lex citandi*. Zij gaf enerzijds regels voor de constituties, anderzijds voor de klassieke jurisprudentie, zonder echter deze twee rechtsbronnen met elkaar in verbinding te

7. Bijv. D. 26, 8, 4: et ideo puto verius esse quod (...).

8. Bijv. D. 34, 2, 19, 3: quae sententia habet rationem.

9. Bijv. D. 44, 4, 4, 4: rectissime dicitur.

10. Verspreid over C.Th. 1, 43 en C.J. 1, 14, 2; 14, 3; 1, 19, 7 en 1, 22, 5.

brengen. Wat de constituties betreft: algemeen geldend waren slechts die constituties die waren gericht tot de senaat of die met de benaming *edictum* waren getooid. De andere golden slechts voor de personen of instanties waarvoor zij waren gegeven. Wat de rechtsgeleerde schrijvers betreft bracht de constitutie een aanzienlijke beperking aan. Slechts de opinies van Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus en Gaius mochten aan de rechter worden overgelegd. Meningingen van andere juristen hadden slechts gelding in zoverre zij door het zojuist genoemde vijftal werden geciteerd. Liepen de meningen uiteen, hetgeen bijna altijd het geval was, dan gold die van de meerderheid; stakten de stemmen, dan gaf de opinie van de *acutissimus* Papinianus de doorslag. Had deze over de kwestie geen mening geuit, dan mocht eindelijk de rechter zich op zijn gezond verstand verlaten en een eigen oordeel vellen.

Enig soelaas werd door de constitutie wel geboden, maar de onderlinge verhouding tussen de twee rechtsbronnen was ongeregeld gebleven. Drie jaar later, op 26 maart 429, vaardigde de keizer een nieuwe constitutie uit die de richtlijnen bevatte voor een allesomvattende aanpak van de wetgeving. Een bij dezelfde constitutie benoemde commissie zou dat karwei moeten klaren. Waaruit bestond dan dit 'karwei'? Allereerst zou men alle algemeen geldende constituties bijeen moeten zoeken die vanaf het keizerschap van Constantijn de Grote, dus vanaf 306 na Chr. tot op het meest recente tijdstip (429) waren uitgevaardigd. Was deze verzameling voltooid, dan begon de tweede taak, die van een stelselmatige ordening. Elk afzonderlijk onderwerp moest onder een afzonderlijke titel worden gerubriceerd. Had men deze titels eenmaal vastgesteld, dan werd elke constitutie in chronologische volgorde onder de passende titel geplaatst. De moeilijkheid was echter dat één constitutie bijna altijd meerdere onderwerpen behandelde. Was dat het geval, dan moest die constitutie in evenzovele stukjes worden geknipt als zij onderwerpen bevatte en elk stukje werd dan onder de bijbehorende titel geplaatst. Aan het eind van elk stuk werd natuurlijk de datum van uitvaardiging toegevoegd, zoals ook aan het begin de keizersnamen en de adressant werden vermeld. Door die toevoeging van inscripties en subscripties ontstonden dus uit één grote constitutie allerlei kleine constitutietjes. De datum was natuurlijk van belang voor de *lex posterior*-regel, die binnen elke titel (elk onderwerp) in acht werd genomen. Mocht er al eens een constitutie zijn zonder datum, *sine die et consule*, dan kon men uit de plaats die zij binnen een titel gekregen had haar hiërarchische rangorde en dus haar gelding afleiden. Tenslotte mochten de woorden van de constituties niet worden veranderd, maar alleen de overbodige franje als zegenwensen en begroetingen aan het begin en einde worden weggesneden.

Had de commissie zich eenmaal van deze taken gekweten, dan was slechts het eerste deel van haar opdracht voltooid. Dan pas namelijk kon zij beginnen aan het maken van het perfecte wetboek waarin geen fout of dubbelzinnigheid zou voorkomen en dat als

leidraad voor het leven, *magisterium vitae*, zou kunnen dienen. In dit wetboek zou namelijk de *lex posterior*-regel overbodig worden gemaakt, omdat het recht nu ook inhoudelijk zou worden getoetst en wel al het recht uit de twee particuliere Codices Gregorianus en Hermogenianus en de zojuist voltooide keizerlijke verzameling. Voor zo'n inhoudelijke toetsing was nodig dat men verder in de tekst ingreep dan alleen maar door het wegsnijden van overbodigheden; men zou elke materieelrechtelijke verscheidenheid uitbannen en alleen de zuiver geldende rechtsregel uit de verschillende constituties laten staan of herformuleren. En dan nog was de opdracht niet voltooid. Want de aldus gevonden rechtsregel zou vervolgens in harmonie worden gebracht met de rechtsregel over hetzelfde onderwerp die krachtens hetzelfde proces van schiften en zeven uit de jurisprudentie van de schrijvers zou zijn gepuurd. De regels uit de beide rechtsbronnen zouden zo eendrachtig, eensgezind en eensluidend naast elkaar staan en omdat alles inhoudelijk was getoetst, zou aan een voorkeursregeling geen behoefte meer zijn. Elke bepaling zou dan ook dezelfde door de keizer verleende rechtskracht hebben. Deze tweede, volmaakte Codex zou getooid worden met de naam van de keizer en dus Codex Theodosianus worden genoemd.¹¹

Op papier leek en lijkt het plan een prachtig project, maar in werkelijkheid bleek het onuitvoerbaar. Een inhoudelijke toetsing van de onafzienbare massa casuïstische rechtsregels is voor elke commissie ondoenlijk, zelfs als zij zou zijn toegerust met de technische hulpmiddelen van de moderne tijd. De commissie is dan ook onder haar opdracht bezwaken en is zelfs al in haar eerste taak, het verzamelen en stelselmatig ordenen van de algemeen geldende constituties, blijven steken. Zes jaren later, op 20 december 436, werd daarom een nieuwe commissie ingesteld en een nieuw plan ontvouwd dat aanzienlijk bescheidener van opzet was. Men had van de ervaringen van de afgelopen jaren kennelijk geleerd. Van een inhoudelijke toetsing en een ineenstrengeling van de twee rechtsbronnen, kortom, van de tweede opdracht uit 429 werd met geen woord meer gerept. Slechts de eerste opdracht, het verzamelen en ordenen der constituties, werd herhaald, zij het ook met enkele belangrijke wijzigingen. Niet alleen de aan de senaat of aan het hele volk gerichte constituties, maar ook die welke voor een stad of provincie, dus voor meer dan één persoon waren bestemd, mochten worden opgenomen en kregen daardoor dus algemene gelding. Kennelijk had de eerste commissie met het onderscheid tussen algemene en bijzondere constituties geworsteld. Een tweede wijziging betrof de oorspronkelijke bewoordingen, die de eerste commissie in stand moest laten. Men had

11. Over twee tekstconjecturen in de constituties van 429 en 436 die Dr D. Holwerda mij heeft gesuggereerd zie J.H.A. Lokin, "De wetgevingsplannen van keizer Theodosius II", in: *De Historie herzien. Vijfde bundel 'Historische avonden' uitgegeven door het Historisch Genootschap te Groningen ter gelegenheid van zijn honderdjarig bestaan*, Hilversum 1987, p. 103-104.

kennelijk ervaren dat het splitsen van één constitutie in meerdere onderdelen niet zonder tekstuele wijzigingen tot stand kon worden gebracht. Dikwijls moet men immers het onderwerp even inleiden om niet al te abrupt met de deur in huis te vallen, de vorige en volgende fragmenten moeten enigszins op elkaar aansluiten, het uit zijn context gerukte fragment dient grammaticaal te worden gladgestreken, enz. enz. Daarom kreeg de tweede commissie verlot de tekst voor die doeleinden aan te passen. Toegerust met deze bevoegdheden heeft de tweede commissie haar bescheidener taak voltooid en een stelselmatig geordende verzameling gemaakt van de constituties vanaf het jaar 306. Op 25 december 438 is deze verzameling aan de senaat van Rome aangeboden en op 1 januari 439 is zij onder de benaming Codex Theodosianus in werking getreden. Op die dag verloren de niet in de Codex opgenomen constituties uit de periode 306-438 hun gelding en konden dus niet langer voor een rechtbank worden geciteerd.

Bezieet men het wetgevend resultaat van Theodosius II vanuit het oogpunt van een moderne codificatie, dan springen enkele verschillen dadelijk in het oog. Het belangrijkste is wel dat de tekst van de wetgeving, anders dan die van een modern wetboek, niet bestaat uit van de maker afkomstige formuleringen, maar uit wettelijke fragmenten die van vroegere keizers zijn overgeleverd. Die fragmenten behouden de datum waarop zij oorspronkelijk rechtskracht hebben gekregen en behouden daardoor een plaats in de rangorde van gelding. Krachtens de regel *lex posterior derogat legi priori* zet de latere constitutie de eerdere opzij. Toch heeft de codex Theodosianus een kenmerk dat alle moderne codificaties hebben en dat is de exclusiviteit. De Codex is de enige rechtsbron van het keizerlijke recht tussen 306 en 438. Al het niet opgenomen keizerlijk recht is afgeschaft.¹² Dit is dan ook de betekenis van de afkondiging en inwerkingtreding op 1

12. De passage waarin een en ander uit de doeken wordt gedaan staat in Nov. Theod. 1 § 3: *Quamobrem detersa nube voluminum, in quibus multorum nihil explicantium aetates adtritae sunt, compendiosam divalium constitutionum scientiam ex divi Constantini temporibus roboramus, nulli post Kal. Ian. concessa licentia ad forum et cotidianas advocaciones ius principale deferre vel litis instrumenta componere, nisi ex his videlicet libris, qui in nostri nominis vocabulum transierunt et sacris habentur in scriniis. Quamquam nulli retro principum aeternitas sua detracta est, nullius latoris occidit nomen, immo lucis gratia mutari claritudine consultorum augusta nobiscum societate iunguntur. Manet igitur manebitque perpetuo elimata gloria conditorum nec in nostrum titulum demigravit nisi lux sola brevitatis.*

Vert.: En nadat daarom de nevel van de boekwerken, waarin de levens van vele nietszeggende (rechtsgeleerden) zijn versleten, is weggewist, bekrachtigen wij (d.i. de keizer) de verkorte kennis der keizerlijke constituties vanaf de tijden van wijlen Constantijn (306), waarbij aan niemand toestemming wordt verleend om na 1 januari (439) voor de rechtbank en bij de dagelijkse procesvoeringen keizerlijk recht aan te halen of processtukken samen te stellen, tenzij uiteraard uit deze boeken (d.i. de zestien boeken van de Codex Theodosianus), die zijn overgegaan in de benaming van onze naam en in de keizerlijke archieven worden bewaard. En toch is de geldingskracht aan geen der vroegere keizers ontnomen, is de naam van geen enkele wetgever verdwenen: ja zelfs worden zij door de helderheid van hun beschikkingen in een veranderd licht met ons in keizerlijke gemeenschap verbonden. Daarom blijft en zal altijd blijven de uitgevulde roem der wetgevers en niets is naar ons gezag verplaatst dan alleen het licht van de korthed.

januari 439. Op die dag is er geen *nieuwe* wetgeving bijgekomen, maar is er *oude* wetgeving afgeschaft. De opgenomen constituties bezaten immers reeds rechtskracht en hebben die door hun opneming behouden, de niet opgenomen constituties verloren de rechtskracht die zij tot dan toe hadden gehad. De verandering, het nieuwe is dus gelegen in de afschaffing, in het exclusief verklaren van het verzamelde. Dat kenmerk, dat ik beschouw als het voornaamste kenmerk van een codificatie, heeft de Codex Theodosianus met de moderne wetboeken gemeen.

3 *De wetgevende werkzaamheden van keizer Justinianus I (482-565)*¹³

Keizer Justinianus moet al vóór zijn troonsbestijging in 527 met het idee van een algehele zuivering van het Romeinse recht hebben rondgelopen. Want hij was nog nauwelijks alleenheerser van het rijk geworden, of hij benoemde op 13 februari 528 een commissie die de taak kreeg de keizerlijke wetten in één groot verzamelwerk te ordenen en voor iedereen toegankelijk te maken. De bevoegdheden die de commissie kreeg, verschilden niet veel van die welke de tweede Theodosiaanse commissie had gekregen. Alleen beperkte de omvang zich niet tot de Theodosianus en de constituties van na 439, de zogenaamde Theodosiaanse Novellen, maar omvatte *alle* constituties, ook die welke in de twee particuliere Codices Gregorianus en Hermogenianus waren opgenomen. Er zou dus een nieuwe selectie worden gemaakt uit het gehele keizerlijke recht en al het opgenomen zou algemene gelding krijgen, ook al had een oorspronkelijke constitutie tot dan toe een beperkte gelding gehad. Deze richtlijnen staan in dezelfde constitutie als die waarin de commissie is benoemd. Zij wordt geciteerd naar haar beginwoorden en wordt de constitutio *Haec quae necessario* genoemd. Aan het einde van paragraaf twee lezen wij dat de commissie de constituties zó moest ordenen

dat de tijdsvolgorde van dezelfde constituties duidelijk wordt niet alleen uit de toegevoegde dagen en consuls (data), maar ook uit de plaatsing ervan zelve, waarbij de vroegste natuurlijk op de eerste plaats, de latere echter op de tweede moeten worden gezet en als sommigen ervan in de oude boeken of in die, waarin de nieuwe constituties zijn opgenomen, zonder dag en consul (datum) worden gevonden, dat deze zó (d.w.z. in de hiervoor beschreven volgorde) geplaatst moeten worden en dat hieruit (uit het ontbreken van de datum) geen enkele twijfel over de algemene rechtskracht ervan mag ontstaan; eveneens is het duidelijk dat ook die constituties algemene gelding krijgen die gericht zijn tot bepaalde personen of die aanvankelijk als beschikking waren afgegeven en in dezelfde nieuwe Codex waren ingevoegd wegens het

13. Hierover uitvoerig G.L. Falchi, "Studi sulla legislazione di Giustiniano (528-534)" in: *Studia et Documenta Historiae et Iuris* LIX, 1993, p. 1-172, waar men met name in noot 1 meer relevante literatuur vindt. Voorts G.G. Archi, "I principi generali del diritto, Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana", in: *Studia et Documenta historiae et iuris* 57, Rome 1991, p. 124-157.

nut van de verordening.¹⁴

Uit de zorgvuldigheid waarmee de keizer in deze passage de chronologische volgorde in acht neemt, blijkt dat hij de gelding van een bepaling zeer bewust van de plaats binnen een Codextitel afhankelijk stelde. De afzonderlijke constituties ontleenden hun rechtskracht aan de datum van hun oorspronkelijke uitvaardiging en niet aan de inwerkingtreding van de Codex Justinianus. De *lex-posterior*-regel zou met andere woorden in de Codex Justinianus evenzeer gelden als hij in de Codex Theodosianus gegolden had. De inkrachttreding van de Codex Justinianus zou, weer anders gezegd, geen nieuw recht in het leven roepen, maar geldend recht afschaffen, namelijk dat recht dat niet in de Codex was opgenomen. En zo geschiedde. Een jaar later was de commissie al gereed met haar werkzaamheden en kon de Codex Justinianus op 7 april 529 worden afgekondigd. Uitdrukkelijk bestempelde de keizer de Codex als de exclusieve bron van het keizerlijk recht. Ik zeg er uitdrukkelijk bij 'van het keizerlijk recht', niet van alle recht, want er bleef naast het keizerlijk recht nog een belangrijke rechtsbron bestaan, het *ius*, ofwel de jurisprudentie van de particuliere rechtsgeleerden. In de lange zin waarin de keizer de exclusieve gelding van de Codex Justinianus voor het keizerlijk recht afkondigt, concludeert hij dat nu twee bronnen overblijven die voor de rechtbank mogen worden geciteerd: de constituties enkel voorzover zij zijn opgenomen in de nieuwe Codex en daarnaast de vruchten van de klassieke particuliere rechtsgeleerdheid. Wij geven de zin in vertaling weer.

Daarom hebben wij verordend deze (Codex), die in de eeuwigheid zal gelden, te overhandigen aan de rechtbank van Uwe Hoogheid, opdat zowel alle procespartijen als de zeer welsprekende advocaten weten dat het hun voortaan op geen enkele wijze geoorloofd is, constituties uit de drie oude Codices, waarvan reeds melding gemaakt (d.w.z. de Codex Gregorianus, Hermogenianus en Theodosianus) of uit die (constituties), die tot nu toe nieuwe constituties werden genoemd, in rechtsgeschillen te citeren, maar dat het noodzakelijk is uitsluitend de constituties te gebruiken, die in deze onze Codex zijn opgenomen, waarbij zij, die tegen deze voorschriften hebben gewaagd te handelen, onderworpen moeten worden aan de aanklacht van valsheid in geschrifte, aangezien de voorlezing van dezelfde constituties van onze Codex, met toevoeging van ook de inspanningen der oude rechtsgeleerden, voldoende moet zijn voor het beslechten van alle geschillen, waarbij geen enkele twijfel mag rijzen hetzij uit het feit, dat sommige (constituties) zonder dag en consul (d.w.z. de datum) zijn opgenomen, hetzij omdat zij aan bepaalde personen gericht zijn, omdat het buiten twijfel is dat zij alle de kracht van algemene

14. ita tamen, ut ordo temporum earundem constitutionum non solum ex adiectis diebus et consulibus, sed etiam ex ipsa compositione earum clarescat, primis quidem in primo loco, posterioribus vero in secundo ponendis et, si quae earum sine die et consule in veteribus codicibus vel in his, in quibus novellae constitutiones receptae sunt, inveniuntur, ita his ponendis nullaque dubietate super generali earum robore ex hoc orienda, sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescriptae vel per pragmaticam ab initio datae eidem novo codici propter utilitatem sanctionis inditae fuerint.

constituties verkrijgen.¹⁵

De rechtskracht van de Codex Justinianus uit 529 is derhalve van precies dezelfde aard als die van de Codex Theodosianus. Beide Codices hebben exclusieve gelding, echter alleen voor wat betreft het keizerlijk recht. De gelding van de particuliere rechtsgeleerdheid blijft onaangetast en voorlopig ongeregeld. De richtlijn daarvoor blijft die van de *lex citandi* uit 426, die dan ook in de Codex van 529 is opgenomen. Voorts verlenen beide Codices niet zelf rechtskracht aan de opgenomen constituties, maar is er in hun verzameling een rangorde te bespeuren die wordt bepaald door de regel *lex posterior derogat legi priori*. De jongere bepaling zet de oudere opzij. Op de tegenwerping waarom de oudere bepaling dan niet gelijk is weggelaten luidt het antwoord: omdat een constitutie, ook een fragment van een constitutie, vaak meerdere rechtsregels bevat is het wel heel moeilijk inhoudelijk gelijke regels eruit te snijden en de regels over de andere rechtsvragen te laten staan. Dat zou alleen al grammaticaal grote problemen opleveren en zou tot grote tekstveranderingen nopen. Juist dáárin was de eerste Theodosiaanse commissie dan ook blijven steken. Theodosius en in navolging van hem Justinianus zorgden er voor niet in dezelfde fout te vervallen en de *lex-posterior*-regel bood hun uitkomst. Elke advocaat diende zelf zorgvuldig na te gaan of een concrete rechtsregel door een recentere was opzijgezet, juist zoals elke moderne advocaat nagaat of de uit een arrest gebleken rechtsopvatting van de Hoge Raad door een recent arrest is achterhaald. Herhalen wij het resultaat in één zin, dan luidt deze: de Codex Justinianus uit 529 heeft evenals de Codex Theodosianus uit 438 exclusieve rechtskracht, echter alleen ten aanzien van één rechtsbron, namelijk van het keizerlijk recht; die rechtskracht is niet voor elke constitutie dezelfde zoals zij dat heden ten dage is voor elke bepaling uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Er is een rangorde, die wordt bepaald door de dag van uitvaardiging; latere bepalingen zetten eerdere opzij.

Vijf jaar later werd alweer een Codex Justinianus uitgevaardigd, die de eerste Codex volgens de meer gemelde *lex-posterior*-regel opzijzette. Waarom, zo vraagt men zich terecht af, moest zo spoedig na de grote opschoning van 529 alweer een zuivering

15. Const. *Summa* § 3: Hunc igitur in aeternum valiturum iudicio tui culminis intimare prospeximus, ut sciant omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere de cetero constitutiones ex veteribus tribus codicibus, quorum iam mentio facta est, vel ex iis, quae novellae constitutiones ad praesens tempus vocabantur, in cognitionalibus, recitare certaminibus, sed solis eidem nostro codici insertis constitutionibus necesse esse uti, falsi crimini subdendis his, qui contra haec facere ausi fuerint, cum sufficiat earundem constitutionum nostri codicis recitatio, adiectis etiam veterum iuris interpretatorum laboribus ad omnes dirimendas lites, nullaue dubitatione emergenda vel eo, quod sine die et consule quaedam positae sunt, vel quod ad certas personas rescriptae sunt, cum omnes generalium constitutionum vim obtinere procul dubio est.

plaatshebben? Was de gelding van de opgenomen constituties wellicht veranderd en waren zij nu alle van gelijke rechtskracht voorzien? Bij lezing van de afkondigingsconstitutie blijkt dat dat niet het geval was. Nog steeds behield iedere constitutie haar eigen datum en daarmee haar eigen plaats in de geldingsrangorde. De *lex-posterior*-regel was met andere woorden niet afgeschaft. Was er dan iets anders voorgevallen dat een nieuwe editie rechtvaardigde? Ja, inderdaad, er is één verschil te constateren tussen de afkondigingsconstitutie van 529 (const. *Summa*) en die van 534 (const. *Cordi*), maar dat is dan ook een belangrijk verschil. In de laatste wordt met geen woord meer gerept van de tweede rechtsbron, die van het *ius* ofwel van de particuliere jurisprudentie. Die bron is namelijk verdwenen, of beter gezegd, zij is opgegaan in die van het keizerlijk recht. De constituties zijn als enige bron van geldend recht overgebleven.¹⁶ Wat is er dan gebeurd dat het *ius* als bron heeft uitgeschakeld? Justinianus of beter gezegd, zijn Minister van Wetgeving Tribonianus, heeft een juridische manoeuvre uitgehaald, die even geniaal als eenvoudig is. Een commissie heeft in drie jaar tijd de gehele oude jurisprudentie uitgepluisd en een selectie gemaakt van fragmenten uit de oude juristengeschriften. Drie miljoen regels zijn zo teruggebracht tot 150.000 regels en tweeduizend boeken tot een vijftigtal. Ook hier is niet zozeer de indeling in boeken van belang, als wel die in titels, die een zekere systematiek weergeeft en dus de stof min of meer naar onderwerp verdeelt. De verzameling heeft de naam gekregen van Digesten of Pandekten. Anders dan de Codexfragmenten zijn de opgenomen fragmenten niet van een ontstaansdatum voorzien en dat ligt ook voor de hand. Zij zijn immers nooit officieel van kracht verklaard, ook al omdat zij afkomstig waren van privé-personen. De afwezigheid van een datum betekent dat er geen volgorde in tijd en dus ook niet in rang is aan te brengen. De *lex-posterior*-regel gold met andere woorden niet. Nu zou men die rangorde wellicht volgens een andere maatstaf hebben kunnen bepalen en wel volgens het gezag dat aan een individuele jurist van hogerhand was toegekend. Per slot van rekening was dat precies wat de *lex citandi* van 426 had gedaan. Daarin was immers aan Papinianus de eerste plaats toegekend; zijn mening gaf de doorslag als de meningen van de andere juristen elkaar in evenwicht hielden. Deze rangorde heeft Justinianus doelbewust niet willen continueren. Ieder fragment, zo bepaalde hij, had gelijke rechtskracht omdat het zijn gelding niet langer ontleende aan de jurist die het had geschreven, maar rechtstreeks aan de keizer. Het was een fragment van de keizer zelf geworden. Wanneer in een tekstfragment van bijvoorbeeld Ulpianus te lezen stond: en daarom acht ik deze opvatting de juiste, dan was de ik-figuur niet langer Ulpianus, maar de keizer zelf. Hij was het die dit of dat juist of minder juist achtte en

16. Over dit alles H.J. Scheltema, "L'autorité des Institutes, du Digeste et du Code Justinien", *Subsecivum XIV Rida 3e Série XIII* (1956), p. 341 e.v.

dit of dat vond. De inhoud van de duizenden brokstukken vormde met elkaar een lange tekst die uit de mond van de keizer kwam en door hem werd gesproken. De gehele tekst is derhalve van éénzelfde rechtskracht voorzien, zodat het ene fragment geen voorrang heeft boven het andere. Waarom staan dan toch nog de namen van de juristen aan het begin der verschillende fragmenten? De keizer geeft daarop het antwoord in de afkondigingsconstitutie, waarvan er één in het Latijn en één in het Grieks is uitgevaardigd. Hij heeft dit gedaan ten einde de namen van de juristen aan de vergetelheid te ontrukken, zegt hij en hij zegt daarmee iets heel waars. Want wanneer wij van de inscripties boven elk fragment geen weet zouden hebben gehad, dan zouden wij slechts op de pre-justiniaanse overlevering aangewezen zijn geweest om de inhoud van een rechtsregel vast te kunnen koppelen aan de naam van een jurist en we weten allen hoe schaars die overlevering is. Want dat de juristen en hun geschriften in vergetelheid zouden geraken was het logische gevolg van de exclusiviteit van de in de Digesten opgenomen fragmenten. Alleen zij mochten aan de rechter als geldend recht worden overgelegd. De andere miljoenen regels en honderden boeken verloren hun rechtskracht en zijn dan ook, op enkele minieme brokstukjes na, volledig verdwenen. Zij hadden juridisch niets meer te betekenen en niets is zo 'waardeloos' als een oude afgeschafte wettekst, die immers uit zichzelf geen literaire waarde heeft. De eerbied die Justinianus voor de juristen heeft betoond, heeft derhalve een verder doel gehad: het archiveren en conserveren van de oude jurisprudentie. Dogmatisch gezien hadden de namen echter weggelaten kunnen worden, want al het geschrevene komt, zo zegt de keizer, uit 'onze keizerlijke mond'¹⁷ en blijkt derhalve 'uit onze wil te zijn samengesteld en van ons te zijn'. De lange zin waaruit de laatste woorden zijn genomen luidt in zijn geheel als volgt:

Zo groot is echter de eerbied, die wij voor de oudheid koesteren, dat wij op geen enkele wijze toelaten de namen der rechtsgeleerden aan de vergetelheid over te leveren; maar ieder van hen, die de schrijver van een wettekst is geweest, is in onze Digesten geschreven, terwijl door ons slechts dit is bewerkstelligd, dat, als iets in hun teksten of overbodig of onvolledig of minder geschikt heeft geschenen, dit ofwel een noodzakelijke aanvulling ofwel een noodzakelijke inkorting krijgt en in zeer nauwkeurige regels wordt weergegeven. En wat in vele gelijkluidende of tegenstrijdige bepalingen juist bleek, dat is i.p.v. al het andere geplaatst, terwijl aan alles één gezag is verleend, zodat alwat daar is geschreven van ons blijkt en uit onze wil is samengesteld.¹⁸

17. Const. *Deo auctore* § 6: ... a nostro divino ore profusa (...).

18. Const. *Tanta* § 10: Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. et in multis similibus vel contrariis quod rectius habere appareat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum.

De gehele inhoud van de Digesten werd derhalve met één en dezelfde rechtskracht bekleed en de keizer kon dit zeer eenvoudig doen door de omvangrijke bloemlezing de kracht van één keizerlijke constitutie te geven. Dat heeft hij dan ook gedaan en dat staat ondubbelzinnig te lezen in de zin waarin hij Papinianus van zijn eminente plaats berooft.

Wij hebben echter (ter opneming in de Digesten) die rechtsgeleerde schrijvers en uitleggers uitgekozen, die zulk een groot werk waardig waren en die de vroegere allervroomste keizers zich niet verontwaardigd hebben toe te laten, terwijl aan allen een gelijke hoogte van waardigheid is toebedeeld en waarbij niemand voor zich een of ander voorrecht opeist. *Aangezien wij immers hebben bepaald, dat ook deze wetten de kracht der constituties hebben, omdat zij door ons zijn uitgevaardigd, wat zou er dan in sommige meer of minder geacht kunnen worden te zijn, aangezien één waardigheid en één kracht aan alle is verleend?*¹⁹

Zo vaardigde de keizer dus op 16 december 533 zijn omvangrijkste constitutie uit, naar alle waarschijnlijkheid de omvangrijkste wet die ooit is verschenen. Men mag deze constitutie - de Digesten dus - met recht de codificatie van de *jurisprudentia veterum* noemen. Formeel voldoet zij immers aan de eis van exclusiviteit; alle niet-opgenomen geschriften verloren hun gezag, voor zover zij dat vóór 533 althans hadden. Voorts zijn alle brokstukken van eenzelfde rechtskracht voorzien en als zodanig vertonen de Digesten zelfs een kenmerk dat de Codex niet heeft. Binnen de titels van de Codex gold immers een hiërarchie van geldingskracht, die door de tijds- en plaatsingsvolgorde van elke constitutie was bepaald.

Eén consequentie van deze inlijving van het juristenrecht in het keizerlijk recht wil ik hier vermelden, omdat zij aanleiding heeft gegeven tot vele misverstanden. Het betreft de boude bewering van de keizer, voor het eerst geuit in de instellingsconstitutie van 530 en herhaald in de afkondigingsconstitutie van 533 dat er geen tegenstellingen in de Digesten voorkomen en dat terwijl het wemelt van de argumenten pro en contra, van contradicties en van dogmatische verschillen. Vele rechtsgeleerden hebben zich dan ook gehaast op de ofwel arrogantie ofwel naïviteit van de keizer te wijzen die zo'n flagrante onwaarheid durfde te debiteren. Voor sommigen is de evidente aanwezigheid van tegenstellingen de voornaamste reden om aan Justinianus' schepping de kwalificatie van codificatie te ontfagen.²⁰ Toch deed de keizer deze uitspraak niet uit naïviteit, maar

19. Const. Tanta § 20a: *Legislatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice inpartito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. Cum enim constitutionum vicem et has leges optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta? De formule waarin de gelding officieel wordt afgekondigd staat in const. Tanta § 23.*

20. Met name J.A. Ankum o.c., p. 13: *Une caractéristique essentielle de chaque codification est qu'elle constitue une unité harmonieuse et ne contienne pas de contradictions.*

volgde zij logischerwijze uit de verheffing van de Digesten tot één enkele constitutie, waarvan de bepalingen elkaar natuurlijk niet konden tegenspreken. Wie maakt nu een tegenstrijdige wet? Toch wist de keizer heel goed dat, ook na het gladstrijken door middel van interpolaties, heel wat botsende bepalingen waren blijven staan in het immense werk. Zijn ontkenning daarvan was dan ook geen feitelijke constatering, maar een uit de wetgevingspolitiek voortvloeiende opdracht tot harmonisering. Leest men nauwkeurig, dan staat er in beide teksten: laat geen tegenstrijdigheid (*antinomia*) zich een plaats opeisen, resp. geen tegenspraak zal zich een plaats opeisen!²¹ Met andere woorden: laat niemand het wagen op een tegenstrijdigheid te wijzen, ook al meent hij er één aan te kunnen wijzen. En in de const. *Tanta* vervolgt hij dan:²² zulk een tegenstelling is er namelijk niet als men maar met een scherpzinnige geest de redenen van het verschil zal onderzoeken. Men zal dan namelijk altijd iets vinden, dat de disharmonie (*dissonantiae querellam*) opheft en de grenzen der tweedracht (*discordiae fines*) oplost. Het zijn nogmaals geen dictatoriale vaststellingen van de keizer - zo is het; er zijn geen tegenstellingen - maar met beslistheid geuite aansporingen - laat niemand de euvele moed hebben te beweren dat er tegenstellingen in de Digesten voorkomen, want bij nader inzien blijken dat slechts *schijnbare* contradicties te zijn.²³

Als aansporingen passen zij geheel en al in het wetgevingsconcept van Justinianus en zijn zij dan ook letterlijk genomen. Het is niet te boud te beweren dat uit deze opdracht, dit bevel tot harmoniseren, de gehele Byzantijnse en de gehele Middeleeuwse Westeuropese rechtsgeleerdheid is ontstaan. Want de geleerde antecessoren zijn al dadelijk in de tijd van Justinianus begonnen teksten met elkaar in verband te brengen en te verzoenen en ook de glossatoren hebben vanaf de aanvang van hun onderricht zich op deze techniek toegelegd. De harmoniseringsopdracht aan de juristen en de noodzaak daarvan moeten ons overigens niet doen vergeten dat de keizer zelf door persoonlijke ingrepen en beslissingen reeds een verre gaande harmonisering had tot stand gebracht.

21. Const. Deo auctore § 8: Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.

Vert.: Laat dus in geen enkel deel van het onderhavige boek enige antinomie - want zo wordt dit van oudsher met een Grieks woord genoemd - welke plaats ook voor zich opeisen. Er zij één samenhang, één vaste volgorde, zonder één enkele tegenspraak.

22. Const. Tanta § 15: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

Vert.: Een tegenstrijdigheid zal echter in dit boek geen plaats voor zich opeisen. Er wordt er dan ook geen aangetroffen, indien men scherpzinnig de gronden voor het verschil zal onderzoeken; dan is er immers iets nieuws gevonden of verborgen opgenomen, dat het bezwaar van disharmonie opheft en een ander wezenskenmerk invoert, dat de grenzen van de tweedracht overschrijdt.

23. Men leze ook de Griekse tekst van const. Δέδωκεν, die hetzelfde zegt.

Door middel van zijn zogenaamde *decisiones* had hij vele knopen van oude twistvragen doorgehakt en aan de wetgevingscommissie opdracht gegeven de oude teksten overeenkomstig deze *decisiones* te wijzigen (te interpoleren).²⁴ Daardoor waren vele controverses die juristen generaties lang hadden dwarsgezeten verdwenen. De keizer was - terecht overigens - nogal trots op zijn decisies en op de Digesten, die met behulp ervan waren tot stand gekomen. Het is dan ook begrijpelijk dat hij deze van hem afkomstige prestaties niet afzonderlijk wilde laten 'zwerven', maar in een nieuwe constitutieverzameling wilde incorporeren. Dat is althans de reden die hij opgeeft voor het vervaardigen van een nieuwe Codex, die de oude van 529 opzij zou zetten en die dus alle wetgevende resultaten van Justinianus zelf, inclusief de Digesten, zou bevatten. In 534 kwam, zoals reeds is gezegd, deze Codex gereed. Van de Digesten was niet de gehele tekst, maar de afkondigingsconstitutie *Tanta* opgenomen.²⁵ De tweede Codex had dezelfde wetgevende structuur als de eerste en als de Codex Theodosianus: elke constitutie behield haar eigen dagtekening en daardoor haar eigen rangorde in rechtskracht. De constitutie der Digesten uit 533 zette dus krachtens de *lex posterior*-regel oudere keizerlijke bepalingen over dezelfde materie opzij. Aan de Codex als geheel werd wederom exclusiviteit gegeven, hetgeen betekende dat alle niet opgenomen constituties hun rechtskracht verloren. De meergemelde *lex citandi* bijvoorbeeld, die in de Codex van 529 was opgenomen, kwam in de tweede Codex van 534 niet meer voor. In 529 immers, vóór de totstandkoming van de Digesten, gaf zij zinvolle richtlijnen aan de jurist die het oude *ius* wilde raadplegen, in 534, na de invoering van de Digesten was zij overbodig geworden.

4 Conclusie

Beide keizers, Theodosius II en Justinianus I, hadden een ambitieus wetgevingsconcept. Beiden wilden de volgestouwde zolder van het Romeinse recht schoonmaken en opruimen. De geslonken en opnieuw geordende voorraad zou vervolgens in één samenhangende wetgeving ondergebracht moeten worden. Theodosius heeft daarvoor een plan opgesteld dat wel moest mislukken, omdat hij streefde naar een *inhoudelijke* eenwording van beide rechtsbronnen, de constituties en de jurisprudentie. Beide zouden materieelrechtelijk moeten worden gezuiverd en vervolgens inhoudelijk moeten worden omgesmolten tot één volmaakte wetgeving. Zulk een volmaakt wetboek zou echter alleen dan tot stand kunnen zijn gebracht indien de wetgevingscommissie het geldende Romeinse recht opnieuw had mogen formuleren. Zo vanzelfsprekend als zulk een herformulering behoort

24. Vgl. J.H.A. Lokin, "The End of an Epoch. Epilegomena to a century of interpolation criticism", in: *Collatio Iuris Romani, Études dédiées à Hans Ankum*, Amsterdam 1995, p. 261-273.

25. C. 1, 17: De vetere iure enucleando, over het 'uitpellen' van het oude juristenrecht.

tot de taak van de moderne wetgever, zo vreemd was zij aan de taakopvatting der compilatoren uit de oudheid. Theodosius heeft dan ook de mislukking van zijn plan vastgesteld en zich beperkt tot een bescheidener taak: het naar onderwerp schiften en zeven van één rechtsbron, die der constituties. Justinianus heeft van het falen van zijn voorganger geleerd. Hij heeft ingezien dat het ideaal van *inhoudelijke* samenvloeiing en vermenging der beide bronnen te hoog gegrepen was en heeft in de plaats daarvan een *formele* eenwording beproefd en ook daadwerkelijk tot stand gebracht. Het door hem gezuiverde *ius* is tot één constitutie verheven. Daardoor was de jurisprudentie in het keurslijf der constituties gedrongen.²⁶ Voortaan was er nog slechts één soort van recht en dat was het keizerlijke recht, was er nog slechts één bron van geschreven geldend recht en dat was de keizer. Door deze wetgevende vondst, even simpel als doeltreffend, heeft Justinianus de formele eenheid van het Romeinse recht hersteld en in schriftelijke vorm voor het nageslacht bewaard.

Stellen wij ons tenslotte wederom de vraag die als titel boven dit opstel prijkt, dan hangt het antwoord af van de omschrijving die men van een codificatie geeft. Hanteert men voor een codificatie een inhoudelijk criterium, bijvoorbeeld de eenheid van systematiek, de eenheid van taal, de afwezigheid van tegenstellingen en casuïstiek, de eis dat de regels geformuleerd zijn door degene die ze uitvaardigt, dan zijn de keizerlijke compilaties niet als zodanig te beschouwen, maar dan moet onmiddellijk worden vastgesteld dat ook vele moderne wetgevingen de naam codificatie niet mogen voeren wegens het niet voldoen aan een of meer van deze kenmerken. Het Belgische BW is geformuleerd door een Franse wetgevingscommissie evenals ons BW van 1811 tot 1838. De systematiek van ons nieuwe BW vertoont nogal wat inconsequenties, de burgerlijke wetgeving van Griekenland tussen 1835 en 1946 was vervat in een middelmatig leerboek voor de rechtspraktijk uit 1345.²⁷ Elk inhoudelijk criterium lijkt mij derhalve ondeugdelijk en leidt tot talloze heilloze vragen zoals: hoeveel tegenstrijdigheden kan een wetgeving verdragen voordat zij de kwalificatie codificatie verliest? Hoe gedetailleerd en casuïstisch

26. De interessante vraag of de gewoonte als ongeschreven rechtsbron een plaats behield naast de geschreven wetgeving van Justinianus kan hier helaas niet gedetailleerd besproken worden. Volstaan wordt met de opmerking dat Justinianus naar mijn mening aan de gewoonte geen zelfstandige rechtskracht wilde toekennen, maar haar wel wilde benutten bij de interpretatie van de geschreven teksten: *optima enim est legum interpretatio consuetudo* (vert.: de gewoonte is immers de beste wetsuitlegger). Vgl. D. 1, 3, 37 en 38. De latere keizer Leo VI (de Wijze) erkende in 900 na Chr. wel uitdrukkelijk de gewoonte als rechtsbron naast de Basilica. Voor zijn houding ten opzichte van het gewoonterecht vgl. Th.E. van Bochove *To Date and Not to Date. On the Date and Status of Byzantine Law Books*, Groningen 1996, pp. 218-219.

27. Vgl. J.H.A. Lokin, "Wat maakt een rechtsoptekening tot een codificatie?" in: *Handelingen Koninklijke Academie van België*, 1996, in druk. Zie ook "Lex semper loquitur. Over wetgeven en rechtspreken" in: *Groninger Opmerkingen en mededelingen* I, 1984, 1-50, ook in *Tekst en Uitleg*, Groningen 1994, p. 1-37. Zij zijn het uitgangspunt van J.H.A. Lokin en W.J. Zwalse, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992, met name p. 2.

mag een codificatie zijn? Hoe groot is de omvang van een codificatie? etc. etc. Wil men een bruikbaar criterium vinden, dan doet men er goed aan dat te zoeken in de formele eigenschappen van een codificatie. Dan ziet men namelijk dat elke codificatie, ongeacht haar omvang of haar systematiek, het niet opgenomen geschreven recht van zijn rechtskracht ontdoet door zichzelf exclusief te verklaren.²⁸ De afschaffingsbepaling die het niet opgenomen recht krachteloos maakt, is derhalve het wezenskenmerk van een codificatie of in de woorden van de Franse codificator Portalis *la disposition la plus essentielle*. Gemeten naar deze formele maatstaf zijn de Codex Theodosianus en de beide Codices Justiniani te beschouwen als een codificatie met dien verstande dat de daarin opgenomen bepalingen niet alle dezelfde rechtskracht hebben. De Digesten van Justinianus hebben dat wèl en staan in dit opzicht nog dicht bij het moderne codificatiebegrip. Hetzelfde geldt voor het leerboek van Justinianus, de Instituten, waarover wij in dit opstel niet hebben gesproken, maar dat tegelijk met de Digesten één en dezelfde rechtskracht kreeg.

Vatten wij het betoogde in één zin samen, dan kunnen wij stellen: aan de Codices kwam toe *vis exclusiva*, aan de Digesten en Instituten *vis una et exclusiva*; wegens dit kenmerk van exclusiviteit is elk onderdeel te beschouwen als een codificatie.

J.H.A. LOKIN

GRONINGEN

28. Aan de geldigheid van dit criterium doet niet af de omstandigheid dat rechtsregels van een hogere orde naast die uit de codificatie toegepast moeten worden, wanneer althans de nationale overheid haar soevereiniteit te dezer zake heeft afgestaan (zie artt. 93-94 GW). Zo kunnen rechtsregels uit internationale verdragen en besluiten van supranationale organen het in de codificatie neergelegde recht aanvullen of zelfs doorkruisen. Ook is aan het gewoonterecht sinds de afschaffing van art. 3 AB een zelfstandige plaats *naast* de codificatie toegekend. De exclusiviteit geldt dus voor alle rechtsregels *van dezelfde status*. Hoe prachtig een uitspraak ook aansluit bij een artikel van het OBW, zij mag op dat artikel niet steunen, omdat het in 1992 krachteloos is gemaakt.